



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**CURSO ACADÉMICO 2017-2018**

**LOS JUICIOS DE VALOR Y LA JUSTICIA EN LA TEORIA DE  
KELSEN.**

**THE VALUE JUDGEMENTS AND JUSTICE IN THE  
KELSEN'S THEORY.**

**AUTORA : ESTEFANÍA PORTILLA NÚÑEZ.**

**DIRECTOR: JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA**



## **INDICE:**

<b>1. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. BIOGRAFÍA.....</b>	<b>6</b>
2.1. ESTUDIOS EN VIENA.....	6
2.3. DOCENCIA EN LA EXPORTAKADEMIE Y PROFESOR AYUDANTE EN LA UNIVERSIDAD DE VIENA. ....	9
2.4. LA GUERRA MUNDIAL DE 1914- 1918.....	10
2.5. LA ESCUELA VIENESA DE KELSEN.....	11
2.6. EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1920.....	12
2.7. CATEDRÁTICO EN LA UNIVERSIDAD DE VIENA. JUEZ DEL TRIBUNAL COSNTITUCIONAL 1929- 1930. ....	13
2.7.1. Catedrático en la Universidad de Viena.....	13
2.7.2. Juez del Tribunal Constitucional de Austria.....	14
2.8. UNIVERSIDAD DE COLONIA (1930-1933). ....	15
2.9. GINEBRA.....	15
2.10. PRAGA.....	16
2.11. ESTADOS UNIDOS (1940- 1967). UNIVERSIDAD DE HARVARD Y UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA. BERKELEY. ....	16
<b>3. LA FILOSOFIA MORAL DE KELSEN. ....</b>	<b>18</b>
3.1. LA MORAL Y SU CONCORDANCIA CON LA JUSTICIA. ....	18
3.1.1. El derecho y la moral como ordenes positivos. ....	20
3.1.2. La valoración moral del derecho de Kelsen como filosofo moral. ....	27
3.1.3. La identificación de la justicia con la felicidad.....	29
3.2. EL RELATIVISMO KELSENIANO EN EL MARCO DE LA FILOSOFIA MORAL.....	30
<b>4. ASPECTOS BASICOS DE LA FILOSOFIA MORAL DE KELSEN.....</b>	<b>33</b>
4.1. EL RELATIVISMO DE KELSEN.....	33
4.1.1. Demostración y justificación del relativismo ético de Kelsen. ....	34
4.1.2. Relación entre el relativismo axiológico y la doctrina epistemológica, y la concepción del mundo. ....	36
4.1.3. Consecuencias del relativismo ético de Kelsen.....	38
4.2. LA CONCEPCION DE LOS JUICIOS DE VALOR.....	39
4.2.1. La concepción Kelseniana de los juicios de valor en la Teoría Pura del Derecho. .....	40
4.2.2. La posibilidad de valorar las normas jurídicas.....	42
4.2.3. La concepción de los juicios de valor en la Teoría General de las Normas. Sustrato modalmente indiferente. ....	43
4.3. LA POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA VALORACION EN EL AMBITO DE LA CIENCIA JURIDICA. ....	44
<b>5. CONCLUSIÓN PERSONAL. ....</b>	<b>47</b>

<b>6. BIBLIOGRAFIA:</b>	<b>50</b>
<b>7. ANEXO:</b>	<b>53</b>

## 1. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN.

Hans Kelsen es el representante más importante del positivismo jurídico del siglo XX. Su deseo de saber en el campo del Derecho estaba motivado por el interés filosófico y fue ese interés el que lo impulsó a ser reconocido en el mundo jurídico como uno de los juristas que más contribuyó a la ciencia jurídica, concretamente a la Teoría del Derecho.

Su obra más relevante fue la *Teoría pura del Derecho*, sometida a varias reelaboraciones<sup>1</sup>, la cual quiere conocer única y exclusivamente su objeto, que es procurar responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o como debe elaborarse. Si se califica como teoría pura del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no le pertenece al objeto señalado como Derecho.

En cuanto a la esencia del derecho en el sistema normativo jurídico, Kelsen entendía al Derecho como el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, son conductas dirigidas a la observancia de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos intersubjetivos.

Las primeras críticas a la Teoría Pura de Kelsen no tardaron en aparecer, pero Kelsen, mostraba total tolerancia con las opiniones que iban en contra de sus doctrinas, siempre y cuando giraran entorno a un sincero convencimiento científico y pudieran demostrar una fundamentación sólida.

---

<sup>1</sup> La Teoría Pura del Derecho de Kelsen presenta tres versiones diferentes: la primera edición alemana (1934); la edición francesa (1953), más extensa y evolucionada, y la versión definitiva, la segunda edición alemana (1960).

## **2. BIOGRAFÍA.**

Ningún jurista ha logrado un puesto tan significativo por su contribución a la ciencia del derecho como Hans Kelsen<sup>2</sup>, tanto por su modernización como por su nueva formación conceptual. Si se analiza la raíz de su personalidad, se puede afirmar que Kelsen representa el resultado del desarrollo que tuvo lugar en Europa central.

Kelsen es un producto humano propio de la variedad espiritual y artística del siglo XIX vienés, donde surgieron rendimientos extraordinarios y aparecieron personalidades innovadoras.

La vida y aportaciones de Hans Kelsen nos muestran que, no solo incorporó la herencia del círculo cultural por el que estuvo influido durante toda su vida, sino que fue más allá logrando abrir nuevos caminos en el terreno científico, y también logrando participar, de forma decisiva, en la configuración de un nuevo patrimonio de ideas jurídicas.

Así las cosas, se expondrán, de forma resumida y cronológica, tanto la vida y obras más notorias realizadas por Hans Kelsen.

### **2.1. ESTUDIOS EN VIENA.**

Nacido en Praga en 1881, su juventud estuvo influenciada por la atmósfera humanística y estética de la capital de Viena. Tras cursar bachillerato, se matriculó en la Facultad de Derecho en la Universidad de Viena, a pesar de que lo que le interesaba era la filosofía. Fueron razones de índole material las que le llevaron a escoger el camino de la ciencia jurídica. En la Universidad, el interés de Kelsen se

---

<sup>2</sup> MÉTALL, R.A., *Hans Kelsen Vida y Obra*, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1976, pág. 90 y ss.

hallaba en las asignaturas explicadas por los científicos más destacados dentro y fuera de Austria, Leo Srisower<sup>3</sup> y Edmund Bernatzik<sup>4</sup>.

De esta época procede el primer trabajo científico de Kelsen: *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*<sup>5</sup>, en el que se manifiestan los síntomas característicos de sus trabajos científicos: la definición precisa y el pensamiento concluyente. Lo que le pareció atractivo a Kelsen para su investigación y exposición, fue la autoridad y la interpretación que tenía Dante sobre el conflicto entre el Emperador y el Papa. Hasta entonces, no había sido expuesta ni investigada la doctrina general del Estado desde la perspectiva jurídica, por lo que no se podía llegar a entender, con profundidad la posición política de Dante.

Kelsen con este trabajo lo que perseguía eran dos objetivos: aclarar la conexión entre la concepción del mundo y de la vida de Dante y fijar la posición de éste en la historia de la teoría medieval del Estado.

Inmediatamente después de aprobar el primer examen de la licenciatura, Kelsen dio inicio a otro trabajo, en el cual se propone someter a investigación crítica los problemas más importantes de la Teoría del Estado. En la exposición tradicional de estas cuestiones se enfrentó con la falta de rigor y fundamentación sistemática, así como con el caos en el planteamiento de problemas. Kelsen se escandalizó ante la confusión existente entre lo que es el derecho positivo y lo que debería ser, desde el punto de vista valorativo, así como del olvido de la diferencia entre el problema de como deberían comportarse los sujetos respecto al derecho positivo y cómo se comportan en realidad. La separación nítida de la ciencia jurídica respecto de la ética y de la sociología, le pareció una tarea urgente. Ya en esta época se moldean en Kelsen las ideas fundamentales y aparece la expresión “*teoría pura del derecho*” para la disciplina científica construida a través de esas ideas.

---

<sup>3</sup> El profesor Leo Srisower (1857- 1931), era catedrático de derecho internacional y de filosofía del derecho.

<sup>4</sup> El profesor Edmund Bernatzik (1854- 1919), era catedrático de derecho constitucional. Kelsen se convirtió años más tarde en el sucesor del profesor Bernatzik.

<sup>5</sup> Viena, Franz Deuticke Verlag, 1905.

En 1906 Kelsen alcanza el grado de doctor en Derecho y madura en él la decisión de hacer carrera universitaria y conseguir una plaza de *Privatdoent* con su mentor, el profesor Bernatzik. Bernatzik había publicado en 1905 el primer trabajo de Kelsen sobre Dante Alighieri en los Estudios vieneses de ciencias del Estado. La decisión de Kelsen y las metas que se proponía para su actividades posteriores debían de ser difíciles de desarrollar debido a las grandes dificultades de aquel momento.

Por un lado, estaba la difícil situación económica de su familia, la cual había pensado que Kelsen estudiara la carrera para ejercer la abogacía<sup>6</sup> y contar con ingresos asegurados. Además, el hecho de ser hijo de padres judíos hacía que tuviese que contar con ciertas reservas mentales de parte de sus superiores, reservas que, no fueron disipadas por el hecho de haber sido bautizado.

Desde entonces, su decisión de dedicar su vida a la ciencia, la mantuvo Kelsen de manera ejemplar, a pesar de todos los obstáculos. El hecho de verse impelido a abandonar el espacio centroeuropeo, como consecuencia del flagelo del nacionalismo alemán, proporcionó a su actividad y a su doctrina, una forma universal que penetró en otros centros científicos y le convirtieron en un ciudadano del nuevo mundo.

## **2.2. ESTUDIOS EN HEIDELBERG.**

Kelsen sabía que su pretendida docencia en la Universidad de Viena tardaría en llegar, por eso, solicitó una beca para cursar tres semestres en Heidelberg, donde profesaba Georg Jellinek (1851- 1911), la mayor autoridad, por aquel entonces, en el campo de la teoría del Estado. En 1908 Kelsen obtuvo la beca. La participación en las clases de Georg Jellinek no produjeron la esperada relación. Tampoco pudo entrar en contacto con Max Weber (1864- 1920) que, por entonces, enseñaba en Heidelberg. De esta manera, durante su estancia en aquella ciudad, Kelsen se dedicó

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pág. 11.



a trabajar con toda intensidad en su trabajo: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*<sup>7</sup>.

### **2.3. DOCENCIA EN LA EXPORTAKADEMIE Y PROFESOR AYUDANTE EN LA UNIVERSIDAD DE VIENA.**

De regreso en Viena, Kelsen trabajó como pasante con un abogado, dio clases particulares y, por fin, consiguió en el curso (1909- 1910) una plaza docente para enseñar derecho constitucional y teoría de la administración en la *Exportakademie*, en la actualidad “Universidad de Economía”. La actividad que allí desempeñaba le resultó más bien poco interesante, pero le permitía trabajar en su escrito de habilitación. Una segunda beca y la conclusión de su manuscrito le permitieron publicar, en el año 1911, tras cinco años de dedicación en condiciones extremadamente difíciles, los “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*”<sup>8</sup>. Gracias a ello, consiguió Kelsen su deseada habilitación en la Facultad de Derecho de Viena y, en el verano de 1911, fue contratado como *Privatdozent* de derecho político. En otoño de 1911 comenzó sus clases sobre el Tratado entre Austria y Hungría.

El eco de esta publicación fue relativamente escaso, puesto que Kelsen había irrumpido en tierra virgen y no era de esperar una aceptación inmediata. Entre las reacciones positivas de sus colegas hay que mencionar la del profesor Frantisek Weyr (1879- 1951), de la Universidad de Brunn, quien, a lo largo de su vida, fue seguidor y amigo de Kelsen e hizo que en Checoslovaquia los juristas se familiarizaran con los escritos de Kelsen. Otro comentarista entusiasta fue el profesor Oscar Ewald, quien llama la atención de Kelsen sobre los profundos

---

<sup>7</sup> ROCES, W. Rocés *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, notas, revisión y presentación de U. Schmill, Porrúa, México, 1987.

<sup>8</sup> Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, Se hizo una reproducción fotomecánica (Tubinga, J.C.B. Mohr, 1923). Existe una reimpresión de la edición de 1923 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1960. Existe versión española de Wenceslao Rocés, con Introducción de Ulises Schmill: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Editorial Porrúa, 1987 (Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 103). NE.

paralelismos existentes entre su tratamiento del problema de la voluntad en el derecho, especialmente de la voluntad del Estado, y la “ética de la voluntad pura” sostenida por Hermann Cohen (1882- 1918). Kelsen se puso en contacto con Cohen, que enseñaba en la Universidad de Marburgo y pertenecía al círculo neokantiano de la misma ciudad y cuya filosofía en muchas ocasiones aplicaría Kelsen a su concepción filosófica.

En 1912 Kelsen contrae matrimonio con una vienesa, del que nacieron dos hijas: Anna y María.

Como Austria carecía de un órgano de publicación de trabajos sobre derecho político, Kelsen concibió la idea de fundar una revista. Esto sucedía en el año 1914, cuando estalló la Primera Guerra Mundial. Kelsen fundó, así, la “*Revista austriaca de derecho publico*”, donde figuraban como editores los profesores Bernatzik, Menzel, Lammasch y Hussarek. La revista se publicó hasta el año 1918, a partir de 1920 fue continuada por Rudolf Allard-Dupré con el nombre de “*Revista de derecho público*”.

## **2.4. LA GUERRA MUNDIAL DE 1914- 1918.**

En agosto de 1914 Kelsen fue llamado a filas como oficial de reserva y, tras una grave infección pulmonar, fue declarado apto tan solo para misiones limitadas. Como consecuencia, fue requerido como juez en Viena y, de allí, llamado al *Presidium* del Ministerio de Guerra. Durante esta época le fue posible impartir algunas clases en la Universidad de Viena.

El ministro de Guerra encargó a Kelsen trabajos preparatorios para una futura reforma de la constitución austriaca, en la medida en que esta habría de afectar al ejército. Estas reformas se introducirían tras el final de la guerra. Igualmente, el Ministro de Guerra encargó a Kelsen la elaboración de los proyectos de ley respectivos y sus exposiciones de motivos.

Pocos como Kelsen pudieron presenciar desde el Mando central, junto al Ministro de Guerra, el Emperador y junto a otros políticos importantes, los últimos días del Imperio de los Habsburgo y el comienzo de la Republica.

En 1915 obtiene el titulo de profesor extraordinario y en 1918, es nombrado profesor extraordinario para impartir “*derecho publico con consideración especial al derecho militar*” en la Universidad de Viena.

## **2.5. LA ESCUELA VIENESA DE KELSEN.**

Gracias a que Kelsen permaneció en Viena durante los años de la Guerra, pudo mantener el contacto con sus alumnos, pudiendo, así, lentamente, formar un circulo de “*discípulos*”.

Respecto al método de trabajo de Kelsen, hay que reseñar que una característica de sus publicaciones y conferencias, es la escrupulosidad y el rigor científico que eran poco comunes. Kelsen buscaba, ante todo, la precisión en sus expresiones y, en ellas, revelaba, también, su carácter de estudioso formado más allá de la mera especialidad científica.

Los numerosos viajes académicos que Kelsen hizo a todas las grandes ciudades europeas, a Estados Unidos y, también, a Latinoamérica los hizo con la idea de ganar adeptos para su teoría, siempre a instancia de sus amigos y partidarios, quienes deseaban plantarle cuestiones sobre sus libros y conocer personalmente al fundador de la Teoría pura del Derecho. Siendo ya mundialmente reconocido, numerosos estudiantes, docentes e investigadores iban a conocerle allí donde se encontrara. Kelsen leía sus trabajos y les daba consejos consiguiendo así convertirse en “*escuela*”.

## **2.6. EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1920.**

Las conexiones personales de Kelsen con los círculos intelectuales socialdemócratas pudieron ser el motivo por el cual fue nombrado, Canciller del gobierno provisional austriaco- alemán para colaborar en la preparación de la Constitución definitiva de la Republica a finales de octubre de 1918.

Por aquel entonces, debido a que el Presidente, el profesor Renner, estaba completamente dedicado a la negociación de la paz en Saint Germain y a la solución de los difíciles problemas económicos, dio a Kelsen las directrices políticas más importantes puesto que él solo podría ocuparse superficialmente de las cuestiones sobre la Constitución. Así las cosas, a Kelsen se le impuso dos principios políticos básicos: la democracia parlamentaria y la descentralización del poder sin que no constituyera una limitación excesiva a la competencia del gobierno central.

Así, Kelsen redactó, por lo menos, seis proyectos y su tendencia personal fue codificar de forma técnicamente impecable, los principios políticos que le habían señalado, estableciendo garantías eficaces para el control constitucional de las funciones del Estado.

Para Kelsen la esencia de la Constitución fue el capítulo dedicado a las garantías de la Constitución y de la administración. Este capítulo se incorporó a la nueva constitución federal con pequeños cambios, donde Kelsen transformó al Tribunal Supremo en un auténtico Tribunal Constitucional.

Kelsen dedicó la mayor parte de su esfuerzo al apartado dedicado al Tribunal Constitucional, llegando incluso a considerarlo como parte de su obra personal. Kelsen veía en el principio de constitucionalidad de la legislación y de legalidad de los actos ejecutivos la garantía más eficaz de la Constitución y el signo distintivo de la constitución austriaca.

Esta nueva Constitución fue aceptada, a propuesta de la comisión preparatoria a la que Kelsen pertenecía, el 1 de Octubre de 1920, como la Constitución de Austria.

## **2.7. CATEDRÁTICO EN LA UNIVERSIDAD DE VIENA. JUEZ DEL TRIBUNAL COSNTITUCIONAL 1929- 1930.**

### **2.7.1. Catedrático en la Universidad de Viena.**

A pesar de su actividad como experto en la Cancillería del Estado, Kelsen no interrumpió sus clases en la Universidad y, en 1919, fue nombrado catedrático de derecho político y administrativo de la Universidad de Viena llevando a Kelsen a iniciar un periodo de gran actividad científica.

La investigación que Kelsen había iniciado a comienzos de la Primera Guerra Mundial sobre la soberanía vio la luz en 1920.

Los trabajos que llevó a cabo posteriormente Kelsen fueron los que le llevó a la convicción de que el derecho solo podía ser entendido como derecho positivo y, además, la necesidad de la unidad sistemática de todas las normas del derecho positivo, dando como resultado su obra *“El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional”*.

Junto a estos trabajos de teoría jurídica, Kelsen dedicó también su atención a los problemas fundamentales de la democracia, llevándole a elaborar un trabajo llamado *“Concepción política del mundo y educación”*. Kelsen encuentra una inequívoca tendencia a un punto de vista empírico y relativista en la ideología democrática en contraposición a la tendencia del mundo absolutista y metafísico, donde nos encontramos formas autocráticas.

El interés de Kelsen por la cuestiones de la teoría política lo llevo también a investigar la teoría política marxista, llevándole a publicar, en 1923, *‘Socialismo y Estado’*.

Debido a la gran oposición que había encontrado a su teoría de la identidad de Estado y derecho positivo, le llevó a investigar la cuestión de si el Estado podría ser considerado como un fenómeno independiente de todo derecho. El análisis crítico le demostró la necesidad de presuponer el derecho. Para Kelsen la cuestión decisiva respecto a la esencia del Estado es la siguiente ¿qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de individuos que integran la comunidad? A esta pregunta no logró encontrar otra respuesta que no fuera la de que un orden jurídico específico es el que constituye esta unidad, Estado y Derecho, y que todos los intentos por fundamentarla sociológicamente tenían que considerarse fracasados.

La tesis de que El Estado es por su esencia un orden jurídico relativamente centralizado y coactivo y que, por tanto, el dualismo de Estado y derecho es una ficción que descansa en una verdadera realidad animista de la personificación, con ayuda de la cual se acostumbra a representar la unidad jurídica del Estado, se convirtió en un elemento esencial de la teoría del derecho de Kelsen. Esta perspectiva se vio reflejada, con su publicación en el año 1925, en su libro *‘El concepto sociológico y jurídico del Estado. Investigación crítica de las relaciones entre Estado y Derecho’*.

### **2.7.2. Juez del Tribunal Constitucional de Austria.**

Junto con las mencionadas actividades docentes en la Universidad de Viena, Kelsen desempeñó la función de Magistrado del Tribunal Constitucional. En sus trabajos preparatorios de la Constitución austriaca Kelsen introdujo la institución del Tribunal Constitucional, por lo que parecía natural y lógico que, como creador del mismo, fuera elegido por todos los partidos del Consejo Nacional como “*miembro vitalicio*” del alto tribunal. La Constitución preveía que la mitad de sus 12 miembros serían elegidos de forma vitalicia por el Consejo Nacional, mientras que la otra mitad debía ser elegidos por la Cámara Alta del Consejo Federal.

Al clima de conservadurismo que se notaba en Austria en 1930, se le añade lo suscitado a raíz de la laguna legal en torno al divorcio en la legislación austriaca.

Conflicto que el Tribunal Constitucional, presidido por Kelsen, resolvió detectando un conflicto de competencias del ámbito administrativo respecto al jurisdiccional. Esto ocasionaría la sustitución de Kelsen como miembro de dicho tribunal. Entonces, debido a los incidentes suscitados en torno a su destitución como juez y al ambiente que se vivía en la Universidad de Viena, Kelsen decidió dejar Austria y empezar tratos con universidades extranjeras para buscarse un nuevo espacio de desenvolvimiento.

## **2.8. UNIVERSIDAD DE COLONIA (1930-1933).**

En Colonia, Kelsen fue bien recibido, llegando a ser nombrado Decano de la Facultad de Derecho en el curso académico 1932- 1933. Sus lecciones trataban sobre derecho internacional.

Finalmente, tras su estancia en Colonia durante dos años y medio, y tras la toma de poder de los nacionalsocialistas, a finales de enero de 1933, fue expulsado de Alemania y se vio obligado a buscar refugio.

## **2.9. GINEBRA**

Tras su salida de Alemania, Kelsen acudió a Ginebra llegando el 18 de septiembre de 1933. Aquí, Kelsen entró en contacto con altos funcionarios de la Liga de Naciones y de la Oficina Internacional del Trabajo. Gracias a esto, Kelsen trató temas de derecho internacional, como por ejemplo, los tratados internacionales con cargo a terceros, el problema de la transformación de derecho internacional en derecho estatal, aspectos de derecho contractual internacional, etc. Además, dedicó tiempo a cuestiones de teoría política, ocupándose de problemas que se habían convertido en actuales en la época, como el Estado unipartidista y el de la dictadura de partido.

Durante este periodo Kelsen retomó un trabajo que había comenzado en Viena, antes de irse a Colonia. Así, Kelsen se propuso elaborar una teoría sistemática de

positivismo jurídico, conectada con una crítica a la teoría de derecho natural. Comenzó su investigación con los griegos y los romanos, y recogió, además, el gran influjo de la religión en la filosofía social e intentó demostrar el significado de la idea de justicia en todos los niveles del desarrollo religioso y la eminente función social de las creencias animistas. Así, la historia de la teoría del derecho natural se convirtió en una sociología de las creencias del alma.

## **2.10. PRAGA.**

Mientras Kelsen trabajaba en Colonia, recibió una invitación del profesor de Economía Política, Franz Xaver Weiss, de la Universidad alemana de Praga. El fin era conseguir a Kelsen un nombramiento en dicha Universidad. Durante su actividad docente en Ginebra y Praga, debido al estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939- 1945), y las continuas protestas de estudiantes en Praga por su designación, forzaron a Kelsen a preparar su partida de Europa hacia los Estados Unidos en 1940.

## **2.11. ESTADOS UNIDOS (1940- 1967). UNIVERSIDAD DE HARVARD Y UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA. BERKELEY.**

Tras su forzosa salida de Europa, en 1940, Kelsen se trasladó a Estados Unidos gracias a la Fundación Rockefeller. Aquí, ejerció en la Universidad de Harvard como docente y como titular de la cátedra “Oliver Wendell Holmes”, donde entró en contacto con la ciencia jurídica del *Common Law*. Transcurridos dos años de su estancia en Harvard, las subvenciones otorgadas por la Fundación Rockefeller se agotaban, debido, en parte, a que la permanencia de Kelsen un año más en la cátedra llevaría a un compromiso de conservarlo por parte de la directiva. Esta era una cuestión que no se podían permitir, puesto que no había una cátedra específica para otorgarle.

Así las cosas, Kelsen empieza nuevos tratos con diversas universidades de Estados Unidos. Gracias a la recomendación del profesor Roscoe Pound, Kelsen recibió, a principios de 1942, un ofrecimiento como profesor visitante en el



departamento de ciencia política de la Universidad de California, en Berkeley, San Francisco. En 1945 será nombrado profesor titular del departamento de ciencia política, ejerciendo como tal hasta su jubilación en 1952. La Universidad de California le depararía un ambiente más tranquilo, además, de la posibilidad de acudir a Washington como asesor del gobierno en torno a asuntos jurisdiccionales relacionados con los Juicios de Núremberg.

Dedicó una especial atención al ámbito del Derecho Internacional, en el cual publicó un gran número de trabajos como *Peace through Law*, mientras que otros fueron ensayos que trataron temáticas distintas como la jurisdicción obligatoria, la responsabilidad individual y colectiva, la situación jurídico- internacional de Alemania, la doctrina de la igualdad soberana, así como estudios comparativos de la Carta de las Naciones Unidas y del Pacto de la Liga de Naciones. Especial importancia tiene su *General Theory of Law an State* que apareció en 1945. En 1952, tuvo lista su obra *Pinciples of International Law*, una exposición sistemática de las características esenciales del derecho internacional.

En los años siguientes, Kelsen aplazó por un tiempo su interés por la teoría jurídica, dedicándose cada vez más a los problemas jurídico- positivos que surgían en la Carta de las Naciones Unidas. En relación con la Carta de Naciones Unidas publicó primero toda una serie de estudios especializados sobre el Consejo de Seguridad, sobre membresía, representación, sanciones y límites de las funciones de las Naciones Unidas. Además, al lado de los problemas de la teoría jurídica, las cuestiones de la teoría política cautivaron nuevamente el interés de Kelsen. A esto se deben textos sobre teoría jurídica comunista y teoría política del bolchevismo (1948-1955).

En el verano de 1959, durante una estadía en Ginebra, concluyó el manuscrito de su gran obra sobre la “*Teoría pura del Derecho*”, que representaba una nueva edición totalmente modificada y considerablemente ampliada de la apariencia que tenía la versión de 1934.

De regreso en Berkeley, Kelsen se dedicó, en los últimos años de su vida, a concluir la última de sus grandes obras "*Teoría general de las normas*", donde se ocupaba de la cuestión de la aplicación de los principios de la lógica a las normas. Fue publicada en 1994 y quedó incompleta. Murió en Berkeley, California, el 19 de abril de 1973.

### **3. LA FILOSOFIA MORAL DE KELSEN.**

#### **3.1. LA MORAL Y SU CONCORDANCIA CON LA JUSTICIA.**

A lo largo de su obra Kelsen muestra su interés sobre las cuestiones referentes a la moral y la justicia. Las aportaciones que hace en cuanto a este tema se sitúan en un escepticismo entre la ética normativa, que hace referencia al conocimiento racional-científico de principios éticos sobre los que se pueden fundamentar la moral y el orden social, y la metaética, la cuál rechaza que estos principios sean cognoscibles, es decir, que puedan conocerse o entenderse.

Kelsen se sitúa en una concepción metaética lo que le lleva a rechazar la posibilidad de un conocimiento científico- racional, como por ejemplo, de un valor moral absoluto o los demás valores que pretendan una validez absoluta , puesto que esto excluye cualquier oportunidad de invocar otras ideas morales<sup>9</sup>. Además, él cree que este tipo de validez se debe de hacer con independencia de cualquier consideración racional, y en su caso, podría encontrar fundamento en la metaética.

Así las cosas, ni las normas ni ninguna ordenación jurídica pueden justificarse racionalmente. Igualmente, tampoco se les puede rechazar sobre la base de un juicio moral<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> KELSEN, Hans., *¿Qué es la Justicia?*, Fontmara, México, 1996, pág. 21 y también véase, WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, Universidad del Externado de Colombia, 1997, pág. 69.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans., *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 17 y también véase, WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 112 y KELSEN, Hans., *Teoría Pura del Derecho, Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Ed. Trotta, 1934, pág. 63.

En definitiva, lo que Kelsen rechaza es que los intentos de enfrentar las normas de un orden jurídico positivo con los principios de un orden moral, puedan dar como consecuencia, juicios a los que se les reconozca la validez intersubjetiva que se puedan pretender.

Al mismo tiempo nos encontramos con dos tipos diferentes de moral:

- La moral ideal o crítica, que es la moral del “*deber ser*”.
- La moral social o positiva, que es la moral que “*es*”, es decir, es la moral que regula la conducta entre los hombres en conexión con los derechos positivos.

Sabiendo esto, en la Teoría Pura del Derecho nos damos cuenta de que a Kelsen le interesan dos expresiones de la moralidad.

- La moral como orden de conducta con sus técnicas de motivación.
- La valoración moral del derecho que no es susceptible de obtener validez intersubjetiva.

Kelsen en varios de sus trabajos establece que la moral social o positiva es un orden efectivo de la sociedad<sup>11</sup> que puede funcionar acorde al derecho positivo, es decir, que pueden prohibir y prescribir los mismos comportamientos pero teniendo en cuenta siempre que mantiene una independencia frente a él y a la inversa para así evitar incurrir en sincretismo metódico<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> ID., *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la Justicia*, cit. pág. 61, señala que en ocasiones se discute el carácter social de la moral, ya que existen normas morales que no prescriben un comportamiento social, sino que prescriben la conducta del hombre frente a sí mismo. Ejemplo de ello es la norma que regula el suicidio. Sin embargo, para él estas normas tienen que ser consideradas normas sociales puesto que en virtud de los efectos que esos comportamientos causan en la sociedad, se convierten en normas morales.

<sup>12</sup> LOSANO, M.G., *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2007, pág. 7.

Para no caer en este defecto, Kelsen considera que el científico del derecho debe aplicar una estricta pureza metodológica<sup>13</sup>, es decir, crear un conocimiento del derecho a partir de normas, conceptos y procedimientos que tengan exclusivamente naturaleza jurídica. No obstante, autores como Jellinek o Kirchmann, entienden que debe existir una conexión esencial entre el deber jurídico y el deber moral. De hecho, estos autores siguen la idea de Kant<sup>14</sup>, en cuanto a entender al deber jurídico como “*la sujeción interior del individuo a la ley moral*”<sup>15</sup>, o lo que es lo mismo, como una “*autoobligación*” que surge del sujeto y que implica la conciencia de la norma y su reconocimiento. Kirchmann sigue esta idea al estudiar la obligatoriedad del derecho y la moral, considerándolo como un mismo fenómeno y Jellinek, al afirmar que la elaboración de los deberes jurídicos del Estado se elaboran como una autoobligación moral y establece que toda obligación, moral o jurídica, consiste en una autoobligación.

Estos autores fueron criticados por Kelsen, ya que al entender el deber jurídico como un tipo de autoobligación se niega la existencia de genuinos deberes jurídicos<sup>16</sup>.

### **3.1.1. El derecho y la moral como ordenes positivos.**

Kelsen ha planteado las relaciones entre el derecho y la moral positiva desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar, en varios de sus trabajos, como por ejemplo, en la Teoría General del derecho y del Estado, considera que la moral positiva es un orden normativo que regula la conducta humana a la vez y en competencia con otros sistemas, como la religión o el derecho. Aquí el interés radica en identificar la forma que tiene cada sistema de dirigir la conducta.

---

<sup>13</sup> ID., *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Autónoma de México, México, 1982, pág. 7.

<sup>14</sup> ABARCA HERNÁNDEZ, O.: “*Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhman, Habermas y Kelsen*” en *Revista InterSedes Universidad de Costa Rica*. Vol. VI, no10, Costa Rica, 2015.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Scientia, Viena, 1984, pág. 113.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pág. 336.

En segundo lugar, en otras obras, considera a la moral como método de valoración del derecho positivo, es decir, lo que Kelsen esta haciendo es identificar la moral con la justicia.

Por ultimo, si analizamos la edición francesa de la Teoría pura del Derecho (1953) y la segunda edición alemana (1960), nos damos cuenta de que abarca ambos aspectos de la moral, ya que habla de la moral como orden de conducta valido y eficaz unido al derecho positivo, y como norma que sirve de base para el enjuiciamiento del derecho positivo.

Por el contrario, no siempre separa ambas ideas de forma clara, ya que inicia una valoración de la moral como orden de conducta, y seguido, pasa a hablar de la relación que existe entre el derecho y la justicia.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la edición francesa de la Teoría Pura del Derecho donde señala:

*“Solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo”<sup>17</sup>*, es decir, el derecho positivo y la moral son dos ordenes normativos diferentes el uno del otro sin tener que renunciar a la consideración de que el derecho debe ser moral.

Pero a continuación, Kelsen añade:

*“Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales, es decir, que delega en la moral el papel de determinar la conducta por seguir, pero desde que una norma moral es aplicable en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al*

---

<sup>17</sup> ID., *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 55.

*derecho positivo. En este caso, el derecho se convierte en parte integrante de la moral”<sup>18</sup>.*

En realidad, lo que Kelsen esta haciendo aquí es establecer en que forma o modo se pueden relacionar el derecho positivo y la moral, que consiste en una delegación de un orden en otro donde el orden delegado pierde su carácter principal y asume el carácter del orden delegante. Por lo tanto, ya se puede observar que aquí se difumina la relación que se estaba estableciendo entre ambos sistemas con anterioridad a través de lo que se denomina “*delegaciones reciprocas*”.

Sin embargo, unas líneas más abajo Kelsen sostiene:

*“Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre orden jurídico”<sup>19</sup>.*

Establece así que para que el orden moral sea diferente al orden jurídico es necesario que el contenido de sus normas sea distinto y no se confunda con las normas jurídicas, y por tanto, no se produzca una relación de delegación.

Por lo tanto, Kelsen pasa de hablar de las relaciones que se establecen entre el derecho positivo y la moral para pasar a indicar que la separación entre ambos sistemas es una condición necesaria para poder realizar una valoración moral del derecho.

Otro ejemplo, lo podemos encontrar en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, donde señala:

*“En tanto que la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre justicia y derecho queda comprendida en la relación entre la moral y el derecho”<sup>20</sup>.*

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pág. 55 y 56.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pág. 56.

<sup>20</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 60- 61.

Kelsen así, considera que unido a las normas jurídicas, existen otras que también regulan el comportamiento recíproco entre los hombres, es decir, las normas sociales. Estas normas sociales pueden considerarse como “moral” y la disciplina que se dedica a su conocimiento y descripción se puede nombrar como “ética”.

Por tanto, parece ser que una cuestión que en un principio es competencia de la Teoría del derecho, pasa a considerarse que el derecho tiene valor moral, y que por tanto, se desarrolla en el campo de la filosofía moral.

Ahora bien ¿cuál es la diferencia entre el derecho y la moral como ordenes de conducta?

Kelsen en este asunto admitía seguir a Kant<sup>21</sup>, es decir, se considera que la moral es “autónoma” puesto que tiene que ver con los motivos de la conducta que regulan el comportamiento interno<sup>22</sup> y son impuestos por el propio agente. Por otro lado, el derecho se caracteriza por su heteronomía, ya que sus normas, son las que regulan la conducta externa y son establecidas por agentes externos<sup>23</sup>.

Por otro lado, en materia de la eficacia de estas normas, Kelsen establece, en primer lugar, que “la norma moral es resultado de un proceso de objetivación”<sup>24</sup>, es decir, que el sujeto convierte a las normas morales en suyas a través de un acto de reconocimiento. Y en cuanto a las normas jurídicas, considera que se aplican al sujeto con independencia de su voluntad, esto es, con independencia de si son acatadas o no y de si son conocidas o no.

---

<sup>21</sup>ABARCA HERNÁNDEZ, O.: *"Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhman, Habermas y Kelsen"* en *Revista InterSedes Universidad de Costa Rica*. Vol. VI, no10, Costa Rica, 2015

<sup>22</sup> ID., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, cit., pág. 314.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pág. 35, 44 y ss.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pág. 44.

Posteriormente, Kelsen en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, abandona la idea de autonomía y heteronomía y la idea del carácter interno y externo de la conducta para diferenciar derecho y moral. Así las cosas, Kelsen considera que es erróneo afirmar que la moral se limita a regular la conducta interna y el derecho positivo la conducta externa, y que por tanto, ambos ordenes pueden regular sin diferencias ambos tipos de conductas.

Esta idea también la sigue en la Teoría General de las Normas, pero añade, además, que tanto el derecho como la moral son sistemas que son en parte autónomos y en parte heterónomos<sup>25</sup>. Más detalladamente, Kelsen los considera heterónomos porque sus normas son establecidas por una autoridad legislativa o, en el caso de sea un orden consuetudinario, por las costumbres que socialmente se practiquen. Y autónomos porque es necesario que un órgano aplicador reconozca una norma general para que esta pueda ser aplicada, ya que de ello dependerá su validez.

No obstante, debemos tener en cuenta que cuando Kelsen habla de la “aplicación” en el ámbito moral. A lo que esta haciendo referencia es al cumplimiento individual de las normas, ya que la moral no cuenta con órganos de aplicación de sanciones. Y en cuanto al derecho su heteronomía esta reforzada, ya que la validez de sus normas no depende ni de su reconocimiento ni de que sea conocido o conozcan su existencia por parte de los individuos<sup>26</sup>.

Entre los conflictos que han surgido con la distancia entre el derecho y la moral debemos mencionar algunas ideas o doctrinas de la vertiente Kantiana y la opinión que surge en Kelsen a partir de ellas.

La primera idea que surge es que para la ética Kantiana el comportamiento moral consiste en obrar dejando a un lado los intereses individuales, es decir, ir en contra de los propios intereses. Kelsen considera que este criterio también es aplicable al

---

<sup>25</sup> *ID.*, *Teoría General de las normas*, ed. Trillas, México, 1997. pág. 42.

<sup>26</sup> *Ibíd.*



derecho positivo<sup>27</sup>, y que si se ordenasen conductas acordes al interés que tengan los individuos, no tendrán ningún sentido prescribir un curso de acción que todos siguen voluntariamente conforme a sus intereses. Además, si la moral esta prescribiendo un comportamiento contrario a los propios intereses, entonces estas normas morales solo están haciendo referencia a los motivos de la conducta y no a la conducta que debe realizarse. Para Kelsen, esta idea de que las normas morales solo hagan referencia al motivo de la conducta es incompleta puesto que el obrar moral exige que junto al motivo de la conducta se tenga en cuenta su contenido, el cual, tiene que se conforme a una norma moral.

La segunda idea que surge en el pensamiento Kantiano, es en cuanto a su prescripción. Para la corriente Kantiana las normas jurídicas prescriben hipotéticamente y las normas morales prescriben categóricamente. Aquí, Kelsen rechaza esta idea ya que él considera que, tanto el derecho como la moral, prescriben hipotéticamente puesto que cualquier comportamiento prescrito o prohibido por el derecho o la moral, depende de determinados factores basados en hechos inexcusables.

Hasta aquí hemos hecho una distinción entre el derecho y la moral según la estructura de la norma y según su motivación del sujeto. A continuación, se hará una exposición de las diferencias entre el derecho y la moral según las técnicas de motivación.

Pues bien, por un lado nos encontramos al derecho, donde Kelsen habla de una técnica de motivación “indirecta”. Lo que quiere decir con esto es que el derecho prescribe una conducta unida a una sanción coactiva, y que por tanto, si la conducta, que es contraria se produce, dándose el supuesto de hecho que establece la norma, entonces un órgano del sistema tiene la obligación de sancionar, incluso llegando a ser ejecutada por la fuerza. Por otro lado, nos encontramos a la moral donde Kelsen señala que aquí se produce una prescripción “directa”, sin establecer sanciones. Aunque es verdad que hay sanciones morales, estas no son reguladas como tal en el

---

<sup>27</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 62 y 63.

orden moral, por lo que se consideran expresiones de un reproche o censura que la sociedad dirige al infractor.

Más tarde, en la Teoría General de las Normas, Kelsen introduce modificaciones, ya que establece que la moral también prescribe sanciones pero sin ser estas coactivas y sin posibilidad de hacer uso de la fuerza. Una de las diferencias más características en esta obra, es en la que Kelsen sostiene que las sanciones jurídicas son actos coactivos que se aplican cuando se da el supuesto de hecho de la norma o acto ilícito, mientras que las sanciones morales tiene carácter retributivo que se aplican también a conductas que son acordes a las normas, es decir, la moral utiliza tanto sanciones positivas como negativas, pero sin ser en ningún caso coactivas. Esto no significa para Kelsen que el derecho no disponga de sanciones positivas puesto que estas se establecen en forma de “estimulo” ligado a aquellas conductas que desea promover el legislador.

Para finalizar este apartado es preciso hacer referencia a las relaciones que existen entre el derecho y la moral.

Entre el derecho y la moral pueden darse dos tipos de relaciones, una relación interna y otra externa.

Sobre la “relación interna”, que radica en la incorporación de contenidos de un orden a otro, Kelsen considera que entre el derecho y la moral se da una relación de delegación en ambas direcciones en donde el orden delegado perderá su carácter específico y adquiriría el carácter del orden delegante.

En cuanto a la “relación externa”, consistente en la valoración y crítica del derecho desde el punto de vista de la moral, Kelsen dispone que dicha valoración solo puede darse cuando entre el derecho y la moral no exista una relación de delegación entre ambas<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, cit., 2009, pág. 56

### 3.1.2. La valoración moral del derecho de Kelsen como filósofo moral.

Según el criterio de Kelsen, cuando se intenta someter un sistema jurídico positivo o a sus normas a una valoración moral, lleva consigo comparar el derecho que “*es*” con lo que “*debe ser*” el derecho. Por tanto, Kelsen considera que hay que diferenciar y estudiar por separado, en primer lugar, la cuestión de la validez del derecho, y en segundo lugar, la justificación moral de las normas, ya que según él, este conflicto surge a raíz de introducir a la justicia como condición de la validez jurídica.

La cuestión referente a la posibilidad de llevar a cabo una valoración moral del derecho dimana en la cuestión referente al contenido de la justicia. Sobre esto Kelsen se pregunta si el contenido de la justicia puede aclararse racionalmente. Su respuesta es clara, ya que establece que dado que la justicia absoluta es un ideal irracional, su contenido es inaccesible al conocimiento<sup>29</sup>. Por tanto, a juicio de Kelsen esta cuestión es de naturaleza epistemológica.

Aun así, Kelsen es consciente de que la cuestión sobre el contenido de la justicia también a sido cuestionado por otros autores como Kant o Platón.

En cuanto a esto, Kelsen considera que las respuestas que han ofrecido los diferentes pensadores, tanto los que ofrecen una respuesta metafísica, como los que pretenden identificar ese contenido de forma racional, están atribuyendo a la justicia un valor absoluto, lo cual Kelsen rechaza, ya que él estima que una norma o principio de justicia no puede tener valor absoluto. La razón es la siguiente: no puede tener valor absoluto, primero porque esto es producto de una razón “práctica”, y segundo, porque emana de una autoridad transcendente.

---

<sup>29</sup> ID., *Teoría Pura del Derecho*, cit., 1982, pág. 14.

Así pues, para Kelsen es imposible fundamentar principios de justicia absolutos que justifiquen un orden social. Eso sí, Kelsen hace una matización, y es que esta consideración no quiere decir que otros valores, como por ejemplo, los jurídicos, éticos, etc. puedan tener valor absoluto.

Al rechazar cualquier intento de alcanzar un concepto de justicia que tenga valor absoluto, Kelsen tuvo que idear su propia estrategia para fundamentar esta cuestión desde una doble vertiente, ética y epistemológica.

Pero ¿cuándo comenzará Kelsen a escribir sobre la justicia? Kelsen comenzará a escribir sobre la justicia en su obra “La justicia platónica” (1933)<sup>30</sup>. Pero es en la primera edición de la Teoría Pura del Derecho donde Kelsen presenta las ideas claves de la concepción Kelseniana de la justicia y son:

- Identificación entre justicia y felicidad, y desde un punto de vista psicológico, la identificación entre el deseo de justicia y el deseo de felicidad, es decir, entender la “justicia” como la felicidad social.
- El contenido de justicia, a la que atribuyen valor absoluto, no es accesible al conocimiento racional<sup>31</sup>.
- El carácter absoluto de la justicia que la desplaza al plano metafísico, sirve de apoyo al dualismo entre el derecho y la justicia.
- El dualismo entre justicia y derecho puede desempeñar funciones opuestas: afirmar y justificar “lo dado” o bien rechazarlo.

---

<sup>30</sup> ID., “La justicia platónica”, 1933, en “La idea del Derecho natural y otros ensayos”, 1ª edición, Olejnik, Buenos Aires, Argentina, 2018.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, pág. 13 y ss.

- Los intentos de dar una respuesta al problema de la justicia desde el punto de vista racional y no desde la metafísica, son ineficaces, ya que el fundamento al que se llega por esta vía son formulaciones vacías de contenido,

- Los pensamientos racionales y la metafísicos buscan fines políticos o ideológicos. Sin embargo, la Teoría Pura del Derecho como teoría jurídica realista pretende describir el derecho positivo sin legitimarlo o descalificarlo.

### **3.1.3. La identificación de la justicia con la felicidad.**

Kelsen apunta que la justicia consiste en la satisfacción del deseo del ser humano de alcanzar la felicidad<sup>32</sup>. Tal y como él entiende la consonancia entre la justicia y la felicidad, esta no es más que una mera interpretación del concepto de justicia y no tiene como objetivo establecer cual es el contenido de la misma, puesto que desde el punto de vista relativista de Kelsen sería insignificante. A juicio de Kelsen, la base a partir de la cual surge el vínculo entre el comportamiento social justo y la felicidad, hay que buscarlas en el pensamiento de su principal adversario, Platón<sup>33</sup>.

La tesis platónica hace la siguiente afirmación “*solo el hombre justo es feliz, mientras que el injusto es infeliz*”<sup>34</sup>. Parece ser, que el objetivo de tal afirmación, es manifestar la obediencia a las leyes y con ella se define, además, una forma precisa de felicidad individual consistente en la obediencia a la justicia en el comportamiento social. En cambio, para Kelsen la felicidad individual no puede ser la felicidad concerniente a la justicia. Su explicación se basa en que en una sociedad donde coexisten diferentes conceptos de justicia, la felicidad individual no puede servir como principio de justificación del orden social.

Por tanto, si no es la felicidad individual la que se asocia con la justicia, entonces será una justicia colectiva, pero ¿qué tipo de felicidad colectiva? Para responder a esta pregunta, cabe señalar esta afirmación:

---

<sup>32</sup> ID., *¿Qué es la Justicia?*, cit., pág. 2.

<sup>33</sup> PLATÓN: *Obras completas*, trad. y ed. Patricio de Azcárate, tomo 11, Madrid, 1872.

<sup>34</sup> KELSEN Hans., *¿Qué es la Justicia?*, cit., pág. 6.

*“La felicidad que un orden social puede asegurar no puede ser la felicidad en un sentido subjetivo- individual, debe ser la felicidad en un sentido objetivo-colectivo, es decir, que debemos entender por felicidad la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social (el legislador) como necesidades que merecen ser satisfechas, como la necesidad de alimentarse, vestirse, de vivienda y otras similares”<sup>35</sup>.*

Por tanto, la felicidad colectiva a la que se refiere Kelsen consiste en satisfacer las necesidades sociales que el legislador considera básicas, o lo que es lo mismo, establecer cuales son las necesidades que según el legislador deben ser satisfechas. Eso si, si se da un desacuerdo social, y se admite que cada necesidad es respaldada por el interés de quienes aspiran a su satisfacción, este desacuerdo sobre lo que es justo puede dar lugar a un conflicto de intereses.

El problema del conflicto de intereses culmina en el problema de los valores, y es aquí donde Kelsen apuesta por una interpretación relativista y subjetivista, lo que significa que los juicios de valor están determinados por factores emocionales. Sobre la concepción de Kelsen sobre los juicios de valor lo trataremos más adelante.

### **3.2. EL RELATIVISMO KELSENIANO EN EL MARCO DE LA FILOSOFIA MORAL.**

Lo que define la filosofía moral de Kelsen es la defensa de una posición relativista a la cual llega a partir de consideraciones de carácter epistemológicas. Pues bien ¿de que tipo es ese relativismo? ¿cuál es su lugar en el marco de la filosofía moral? La respuesta a estas preguntas deben darse desde el punto de la ética y desde el plano de la metaética.

A. La filosofía moral, cuestiona si los juicios de valor “morales” pueden ser justificados desde un punto de vista racional. La metaética es la que se encarga

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, pág. 2.

de este estudio, contando con dos vertientes: la teoría descriptiva y la teoría no descriptiva.

Desde el punto de vista de la teoría descriptiva, los juicios de valor morales tienen carácter cognitivo, y por tanto, son verificables. En contra de esta opinión, nos podemos encontrar autores como Moore<sup>36</sup>, el mayor representante del intuicismo/ no naturalismo<sup>37</sup>, que afirmaba que los juicios de valor morales pueden ser verdaderos o falsos pero no son susceptibles de ser verificables ya que los hechos que están describiendo no son “naturales”, y por tanto, solo se pueden entender a través de una autentica intuición intelectual<sup>38</sup>.

En cuanto a la teoría no descriptiva, no admite que los juicios de valor morales describan hechos no siendo así discutibles y tampoco cumplen una función cognitiva<sup>39</sup>.

En esta corriente “no descriptiva” nos encontramos dos doctrinas diferentes que son el emotivismo y el prescriptivismo.

El emotivismo es partidario de que los juicios de valor morales no son verificables empíricamente y se les debe atribuir un sentido emotivo, a partir del cual influir en las actividades ajenas dando lugar a motivos para actuar de una forma determinada. Sin embargo, para el prescriptivismo los juicios de valor morales son prescripciones<sup>40</sup>, es decir, un juicio de valor establece una concreta forma de conducta aplicable a situaciones de mismas características y también comprometiéndose a que su conducta sea consecuente con el juicio. Por otra parte, se diferencia del emotivismo en que esta doctrina reconoce que la pretensión de reclamar razones que apoyen a los juicios de valor morales es legítima.

---

<sup>36</sup> MOORE, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903.

<sup>37</sup> ALARCÓN VERELA, F.: *"Hans Kelsen y la idea de justicia: tensiones entre Naturalismo Jurídico y el Positivismo Jurídico"* en *Revista Disertaciones*, no3, Universidad de Quindío, Armenia, 2012.

<sup>38</sup> NINO, C.S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 361.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, pág. 363.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, pág. 367.

B. La segunda cuestión a la que hace frente a la filosofía moral es la siguiente: la definición de los principios de justicia y la moralidad que hagan posible juzgar al derecho y a las instituciones jurídicas. En este caso, es la ética normativa la que se encarga de ellos, siempre y cuando se admita la posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor en el plano de la metaética.

Aquí, diferenciamos las “éticas teológicas” y las “éticas deontológicas”<sup>41</sup>. La principal diferencia entre ambas éticas, radica en como establecen cada una la relación entre lo bueno y lo recto. En cuanto a las éticas teológicas, identifican a “lo bueno” con el bienestar o la felicidad, mientras que las éticas deontológicas, entienden a la moralidad como aquellos principios que regulan las conductas y que permite dar solución a los conflictos entre los individuos, estableciendo así, cuales deben ser las relaciones correctas que se deben dar entre los mismos y al mismo tiempo estableciendo límites a lo que se puede entender como bueno y moralmente aceptable. Eso sí, esto no impide la persecución de la felicidad siempre y cuando sean acordes a los principios morales.

C. Unido a la metaética y a la ética normativa, nos encontramos con la ética sociológica que entiende a los juicios de valor como los principios y valores vigentes en una sociedad en un momento determinado, es decir, que es lo que se entiende por bueno y malo en dicha sociedad.

Pues bien, tras hacer un breve resumen de las diferentes doctrinas y corrientes que existen en el marco de los juicios de valor, nos surge la duda de donde se sitúa el relativismo de Kelsen.

El relativismo de Kelsen debería situarse en el nivel de la metaética, en el plano donde vincula el relativismo con posiciones no descriptivas referentes al concepto de los juicios de valor morales donde esto nos dirige a un escepticismo sobre la posibilidad de fundamentar racionalmente esos juicios. Ahora bien, el relativismo

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, pág. 382 y ss.



metaético lo podemos asociar, o bien, al emotivismo, o bien, al prescriptivismo. En realidad el relativismo de Kelsen se aproxima más al prescriptivismo porque para Kelsen los valores están formados por normas pero no se identifican con ellas<sup>42</sup>.

Sin embargo, podemos añadir que a pesar de que la metaética relativista de Kelsen sea prescriptivista, los juicios de valor tienen un cierto carácter emotivo ya que la función emotiva de los juicios de valor se dan lugar en el ámbito político, donde su emisión tiene como fin motivar en los demás sentimientos de adhesión u posición a un concreto régimen político<sup>43</sup>.

Por último, conviene establecer una explicación de cómo Kelsen llega al relativismo. Pues bien, Kelsen llega al relativismo como resultado de plantearse cuestiones de índole epistemológica. Él defiende una concepción del conocimiento y la ciencia que le lleva a rechazar la posibilidad de conocer objetos que sobrepasen los límites de la percepción sensorial. En otras palabras, porque rechaza la metafísica como vía para el conocimiento.

## **4. ASPECTOS BASICOS DE LA FILOSOFIA MORAL DE KELSEN.**

### **4.1. EL RELATIVISMO DE KELSEN.**

Kelsen explica lo que para él es la justicia posicionándose en contra de aquellas doctrinas a las que él mismo denominaba “absolutistas”. Según la opinión de Kelsen estas doctrinas defienden un concepto absolutista de la justicia y que se pueden

---

<sup>42</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 16 y ss y véase también, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, cit., 2009. pág. 60 y ss. Para Kelsen los juicios de valor morales involucran normas con fuerza prescriptiva incondicional. Aunque hay que matizar que según él son las normas las que constituyen los valores, es decir, son las normas las que tienen sentido prescriptivo y no los valores.

<sup>43</sup> ID., *Teoría Pura del Derecho*, cit., 1982, pág. 14. ID., *Teoría Pura del Derecho*, cit., 2009. pág. 61.

justificar valores morales absolutos, y por lo tanto, afirmar que solo hay una moral absoluta, dejando a un lado otros contenidos alternativos de la justicia<sup>44</sup>.

Dicho esto, debido a que la justicia absoluta es incognoscible, es decir, que no se puede conocer, para Kelsen solo puede ser resuelto mediante la aplicación del derecho positivo, lo que da lugar a un conflicto entre la idea de justicia y el derecho positivo. Al darse este conflicto, Kelsen establece una oposición entre dos teorías.

Por un lado, las teorías jurídicas idealistas que determinan como condición necesaria que para que las normas jurídicas fuesen validas tendrían que estar en armonía con el contenido de las normas de justicia, las cuales implican validez absoluta. Por otro lado, las teorías jurídicas realistas que piensan que la validez del derecho positivo no dependerá de su concordancia material con el contenido de justicia.

Expuesto esto, Kelsen entendía que uno de los motivos del enfrentamiento entre ambas teorías jurídicas era la existencia de la oposición entre la idea de justicia absoluta y una justicia relativa.

Seguido vamos a analizar el concepto de relativismo de Kelsen desde un punto de vista filosófico- moral a partir de tres factores.

#### **4.1.1. Demostración y justificación del relativismo ético de Kelsen.**

Como se ha señalado en anteriores ocasiones, la razón humana no es capaz de conocer valores absolutos, por lo que solo es capaz de conocer valores relativos<sup>45</sup>. Esto quiere decir que el relativista, a diferencia del absolutista, no puede excluir que dentro de una sociedad pueden coexistir modelos de valoración de conductas diferentes e incluso opuestos a los que Kelsen defiende<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 65.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans., *¿Qué es la Justicia?*, cit., pág. 21.

<sup>46</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 69.

Al mismo tiempo, esto no quiere decir que cada sujeto tenga su propio sistema de valores<sup>47</sup> ya que los sistemas axiológicos se crean y se desarrollan a través de la influencia reciproca entre los sujetos de una sociedad. Este es el motivo por el cual en una misma sociedad se produce una coincidencia referente a determinados juicios y valores que se aceptan de forma universal. Si bien, el hecho de que individuos de una misma sociedad confluyan en sus valoraciones morales no quiere decir que estos sean correctos<sup>48</sup>. Una traba que tiene el relativismo es que no hay ningún juicio de valor que pueda defenderse con mejores razonamientos que otros. Esto se debe a que para el relativista todos los juicios de valor se encuentran en el mismo nivel, ya sea emitido por un único individuo o aceptado por un colectivo.

Uno de los inconvenientes que tiene que reconocer únicamente valores relativos, es la imposición de intentar comprender las creencias y valoraciones de otros individuos favoreciendo su libre expresión aunque no se compartan esas creencias o valores. De este modo, Kelsen afirma que el principio de tolerancia<sup>49</sup> es un principio que va unido al relativismo<sup>50</sup>.

A pesar de que Kelsen rechaza una justificación absoluta de la conducta, no lo hace en cuanto a la posibilidad de que se produzca una justificación relativa. Así las cosas, una conducta puede justificarse, o bien como medio para alcanzar un fin<sup>51</sup>, o bien entendiendo que determinados fines están justificados. En este ultimo caso, habla de la existencia de unos fines que se utilizan como medios para alcanzar fines posteriores. De esta forma, parece que se formaría una cadena de fines que conduce a admitir que hay un ultimo fin al que se le denomina “fin supremo”<sup>52</sup>.

Kelsen considera que el problema central de la justicia, es determinar si ese “fin supremo” es justificable<sup>53</sup>. Esto es algo que el relativismo niega, y sin embargo, se

---

<sup>47</sup> KELSEN, Hans., *¿Qué es la Justicia*, cit., pág. 7.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, pág. 8.

<sup>49</sup> ARAOS SAN MARTÍN, J.: "Relativismo, tolerancia y democracia en H. Kelsen" en *Veritas*, vol. III, no19, Universidad Pontificia Católica de Chile, Chile, 2008.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans., *¿Qué es la Justicia*, cit., pág. 22 y 23.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, pág. 9.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> *Ibíd.*

intenta responder desde un punto de vista absolutista ya que estos buscan dar respuesta, como necesidad humana, a los actos<sup>54</sup>.

#### **4.1.2. Relación entre el relativismo axiológico y la doctrina epistemológica, y la concepción del mundo.**

Kelsen piensa que el absolutismo y el relativismo éticos tienen una base epistemológica, ya que lo que se intenta determinar es la posibilidad de conocer valores absolutos y la justicia absoluta. Para Kelsen, el caso de que se considere que si cabe esa posibilidad, se estaría admitiendo la existencia de valores absolutos y de una justicia absoluta y esto nos llevaría al camino de la metafísica o la religión<sup>55</sup>. Por el contrario, si se niega esa posibilidad, se entendería que solo las verdades y valores relativos son accesibles al conocimiento llevándonos a la incorporación de una epistemología positiva crítica. Claro está que si las verdades y valores absolutos pudieran ser conocidos por el ser humano, no cabría el relativismo. Por eso, según considera Kelsen, existe una conexión entre la filosofía moral y la teoría del conocimiento. Con esto podríamos hablar de un triple antagonismo:

- Entre el absolutismo y el relativismo éticos.
- Entre el absolutismo y el relativismo epistemológicos o filosóficos.
- Entre el absolutismo político( autocracia) y el relativismo político (democracia).

Según la opinión de Kelsen, estos enfoques absolutistas y relativistas en ámbitos morales, políticos y epistemológicos, se superponen en una oposición entre dos estructuras vitales que, como establece Dilthey, podemos denominar “concepciones del mundo y de la vida”. La oposición entre estas dos concepciones ponen de manifiesto, la existencia de una base común entre las convicciones ético-políticas y las concepciones filosóficas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no siempre un punto de vista ético o político encuentra su correlato epistemológico.

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, pág. 8.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, pág. 10 y 11.

Kelsen hablo de esta oposición en su obra llamada “Ideología política y educación” (1912). En esta obra, si admitía el carácter relativo de las convicciones tanto políticas como religiosas pero no determinaba aun el enfrentamiento entre “una visión del mundo absolutista” y otra “relativista”. Ahora bien, lo que si hizo fue una critica al individualismo del liberalismo decimonónico. Frente a este individualismo surgió una tendencia de liberalismo colectivo.

En la teoría Kelseniana sobre las concepciones del mundo, opina que toda relación entre la persona y el universo radica en la singularidad de un carácter, y se armoniza con una cierta concepción de la vida. Esto lleva a Kelsen a determinar, por un lado, una equivalencia entre la ideología individualista enemiga del Estado y una concepción de la vida egoísta, y por otro lado, entre una ideología colectiva y una concepción de la vida altruista.

Más tarde, en el año 1948 con su obra “Absolutismo y relativismo en la filosofía y la política”, Kelsen muestra su interés en estudiar las bases epistemológicas del absolutismo y del relativismo en conexión con concepciones políticas y concepciones metaéticas (concepción filosofo- moral).

Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, el absolutismo filosófico, se identifica por la adopción de un enfoque metafísico que afirma la existencia de las cosas “en si” como realidades absolutas e independientes del conocimiento humano. Si pasamos al plano moral, lo que caracteriza a este enfoque es la idea de que el valor es inseparable a la realidad, y por tanto, de que los juicios de valor morales tienen el mismo objetivo que los enunciados que describen un hecho. Eso si, para Kelsen los juicios de valor presuponen normas y las normas para él son el sentido de actos de voluntad. Por eso, no resulta extraño que él considere que, en cuanto a los juicios morales, esa objetividad solo puede alcanzarse remitiéndolos a una autoridad transcendente que personifique lo absoluto, es decir, Dios.

Por el contrario, la ideología relativista, se identifica por una epistemología empirista. Para ello, la realidad cognoscible esta determinada por los limites

marcados por la experiencia, por lo que cualquier “presunta realidad” fuera de estos límites es incognoscibles. Esto nos lleva a que lo absoluto “la cosa en sí” no puede ser objeto de conocimiento.

Como conclusión, podemos agregar que para Kelsen la epistemología relativista, con la cual él se identifica, se expone a dos peligros:

- Que incurra en la suposición de que el “yo” como sujeto de conocimiento sea la única realidad que existe, impidiendo el reconocimiento de otros sujetos de conocimiento. Según Kelsen, si esto pasa, la realidad del “yo” sería absoluta.

- Que se produzca un pluralismo, es decir, para este punto de vista, el “yo” es el centro del mundo en el conocimiento del sujeto. En el caso de que se niegue la existencia de un único mundo para todos los individuos, se puede contrarrestar con la idea de que todos los individuos, como sujetos de conocimiento, sean iguales (Principio de igualdad).

#### **4.1.3. Consecuencias del relativismo ético de Kelsen.**

Posiblemente la consecuencia principal del relativismo kelseniano es la idea de la autonomía moral.

En primer lugar, al relativismo se le acusa de “irresponsabilidad moral”, puesto que al negar que las concepciones morales tengan validez absoluta, no puede dar los criterios necesarios para juzgar moralmente y poder valorar de forma adecuada el derecho y las instituciones jurídicas. Tras esta acusación, la opinión de Kelsen determina que los valores sean relativos no quiere decir que no sean idóneos para ser objeto de enjuiciamiento moral<sup>56</sup>. Así mismo, el relativismo no establece una indiferencia ante diferentes concepciones morales. Más bien, según el criterio de Kelsen, el relativismo implica aceptar la existencia de una diversidad de concepciones morales y que se obliga a elegir alguna de ellas.

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*, pág. 22.

## 4.2. LA CONCEPCION DE LOS JUICIOS DE VALOR.

La cuestión referente a si pueden fundamentarse los juicios de valor morales desde un punto de vista racional es una de las cuestiones más interesantes de la teoría moral de Kelsen.

La concepción de Kelsen en cuanto a los juicios de valor, han ido variando a medida que iba publicando sus obras. Primero, en su obra “Juicios de valor en la ciencia del derecho” (1942)<sup>57</sup>, diferenciaba entre dos tipos de valor: los juicios sobre la legalidad de una conducta, que se basaban en las normas establecidas a través de actos legislativos o la costumbre, y los juicios sobre justicia, que se basan en normas que tienen la pretensión de validez absoluta, y que por tanto, habría que remitirse a una autoridad transcendente. A estos dos tipos de juicios, Kelsen se refiere como “valores de ley” y “valores de la justicia”.

En segundo lugar, en la edición francesa de la Teoría Pura del Derecho (1953), introduce algunas modificaciones como la de sostener que los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta son verdaderos juicios de hecho<sup>58</sup>. Pero en la segunda edición alemana (1960) vuelve a referirse a estos juicios como juicios de valor y no de hecho. En esta edición, además, diferencia, por primera vez, los juicios de valor que expresan una relación entre una conducta y una norma jurídica positiva, y los juicios sobre la realidad.

Por último, en “La Teoría General de las Normas” (1979), Kelsen introdujo la doctrina del “sustrato modalmente indiferente”<sup>59</sup>, que dio pie a una nueva forma de ver el enfrentamiento entre “el ser” y “el deber ser”.

---

<sup>57</sup> KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.

<sup>58</sup> ID., *Teoría Pura del Derecho*, cit., 2009. pág. 56 y 57.

<sup>59</sup> ID., *Teoría General de las normas*, cit., pág. 46 y ss.

#### **4.2.1. La concepción Kelseniana de los juicios de valor en la Teoría Pura del Derecho.**

En la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho (1960), Kelsen no establece la misma importancia a todos los juicios de valor. En primer lugar, nos encontramos a los juicios que enfrentan un hecho de la realidad ( del “ser”) y una norma que prescribe un “deber ser” , la cual se considera valida.

Kelsen distingue dos tipos de juicios de valor. Por un lado, los juicios de valor basados en normas objetivamente validas, y por otro lado, los juicios de valor sobre la realidad que no se basan en normas. En este ultimo tipo, hace referencia a los juicios de valor que relacionan una conducta con la voluntad o el deseo de uno o varios individuos<sup>60</sup>. Estos juicios lo que hacen es establecer una relación entre dos hechos diferentes de la realidad. Así las cosas, aquí el valor no esta constituido por una norma, ya que el elemento normativo esta fuera de la relación. Por tanto, el valor solo puede ser un estado emocional expresado a través de la aprobación o no de la conducta en cuestión. Esto lleva a que se hable de valores o juicios de valor subjetivos.

Ahora surge la duda de cual es la diferencia entre el valor subjetivo y el valor objetivo. Pues bien, referente a los valores subjetivos, estos permiten una aplicación gradual, esto es, el deseo o voluntad hacia el objeto deseado, admite diferentes grados de intensidad en función del grado de aprobación o desaprobación. Sin embargo, los valores objetivos al estar formados por normas objetivamente validas, la conducta asociada a la norma solo puede ser conforme o no con ella, pero no puede hacerse gradualmente, es decir, el valor no tiene grados.

Por otro lado, podemos establecer un rasgo común entre ambos tipos de juicios de valor, y es que Kelsen afirma en un momento dado que ambos pueden ser objetivos y realizar una función cognitiva. Los juicios sobre valores subjetivos serán de carácter objetivo si los pronunciamientos, sobre la relación que se establece entre

---

<sup>60</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 20.



la conducta y la voluntad del individuo, no tienen en consideración los deseos personales del emisor<sup>61</sup>. Esto es, para Kelsen los valores pueden ser objetivos o subjetivos, pero los juicios de valor que cumplen una función cognitiva son siempre objetivos, ya sea porque se basan en normas objetivamente validas, o porque no tienen en cuenta si el sujeto juzgante desea un objeto o no. En cambio, si el emisor desea o rechaza de una manera emotiva un objeto, el juicio no tendrá valor cognitivo, no distinguiéndose, por tanto, de los juicios morales o políticos. Incluso, si se procura que el valor es objetivo y se cree que ha sido constituido por una norma de justicia establecida por una autoridad transcendente, el juicio no tendrá carácter objetivo sino subjetivo y no tendrá valor cognitivo.

En esta segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, Kelsen también hace referencia a un segundo tipo de juicios de valor sobre la realidad, y son los que entablan una relación entre un objeto, normalmente una acción, y la realización de un fin. Al establecerse el fin, la conducta atendiendo a su adecuación o no al fin, se podrá valorar positiva o negativamente.

En cuanto al fin, podemos diferenciar dos tipos atendiendo a quien ha establecido ese fin. Un fin objetivo, si es transcendente y se piensa que ha sido establecido por una autoridad sobrenatural, o un fin subjetivo<sup>62</sup>, si este lo ha establecido alguien a si mismo. Los fines objetivos solo serán admisibles por los pensamientos metafísicos, es decir, aquellos que admiten que hay instancias transcendentales que imponen fines a los seres humanos. Sin embargo, para un agnóstico como lo es Kelsen, solo existen aquellos fines que los individuos se autoimponen. Estos juicios de valor, al describir una relación verificable son juicios objetivos y si no involucran los deseos personales del emisor también tendrían carácter cognitivo. Eso si, si el fin es deseado por el juzgante, entonces el fin carecerá tanto de la objetividad como del carácter cognitivo<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, pág. 22.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, pág. 23.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, pág. 24.

#### **4.2.2. La posibilidad de valorar las normas jurídicas.**

Esta cuestión Kelsen se la plantea en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, más concretamente en el apartado “El problema de la justicia” en donde Kelsen señala que la justicia o injusticia son también cualidades que se atribuyen a las normas y no solo a los comportamientos del ser humano. Así las cosas, una norma de derecho positivo será justa o injusta dependiendo de si se corresponde o no con una norma de justicia que se considera válida.

Con todo, los pensamientos que siguen la teoría del derecho natural, instauran que la concordancia con una norma jurídica es una condición de validez de las normas de derecho positivo. A diferencia de esto, Kelsen sostiene que la validez de una norma de derecho positivo es independiente de su correlación con una norma de justicia. Además, según él establece, las normas de justicia permiten valorar la relación de determinados hechos a las exigencias establecidas por las normas. Sin embargo, no permiten un enfrentamiento directo de las normas jurídicas con las normas de justicia. Esto se debe a que al ser dos normas igualmente válidas que regulan el mismo comportamiento, ya sea de la misma forma o de forma contradictoria, daría lugar a una incompatibilidad.

Para Kelsen, toda norma, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza, dicta a sus destinatarios un comportamiento. Si bien, como las normas de justicia se refieren al derecho positivo, exige que sus normas tengan un contenido determinado. Por tanto, al estar la norma de justicia dirigida a la creación del derecho positivo con cierto contenido, el acto por el cual se implanta una norma positiva puede ser conforme o disconforme con la norma de justicia.

En definitiva, lo que hace Kelsen es valorar desde el punto de vista de la justicia, el acto que crea la norma positiva y no la norma positiva en sí misma.

Aun así, hay que diferenciar entre el valor de justicia del acto creador de las normas y el valor jurídico constituido por las normas del derecho positivo creadas de

acuerdo o en oposición a una norma de justicia. Kelsen, al ser positivista sostiene que esas normas tienen valor jurídico positivo aún cuando hayan sido creadas por un acto con valor de justicia negativo. En otras palabras, un acto puede ser prescrito por una norma positiva y al mismo tiempo ser prohibido por una norma de justicia. Por tanto, solo cabría aplicar una de las normas, ya que ambas normas no pueden ser válidas al mismo tiempo. Kelsen concluye sobre este tema que la validez de una norma jurídica no puede ser cuestionada desde el marco de la justicia.

Según la opinión de Kelsen, solo existe una realidad “un ser” que puede tener valor positivo o negativo desde el punto de vista de la justicia. En relación a esto, Kelsen en la Teoría Pura del Derecho donde insistía en la separación de la norma constitutiva del valor y el valor constituido, ahora tiende a confundirlos ya que se cuestiona si una norma puede ser valorada por otra norma y si un valor puede ser valorado y tener valor, incluso llegar a tener un valor negativo. La cuestión la encontramos en que el objeto de la valoración no es un valor, sino que es una norma que también constituye un valor. Por tanto, el valor define la relación existente entre dos normas, una norma del sistema de derecho positivo y otra norma de justicia que se presupone válida de manera absoluta y no la relación que se establece entre dos valores.

#### **4.2.3. La concepción de los juicios de valor en la Teoría General de las Normas. Sustrato modalmente indiferente.**

Hasta 1960, la relación entre el “ser” y el “deber ser” se contemplaba como enunciados que relacionan una conducta humana con una norma válida. Si la conducta se realiza de acuerdo a la norma tendrá valor positivo, y en función del carácter de la norma que lleva a cabo el fundamento de la valoración, podrá ser legal (si se trata de una norma jurídica) o justa (si se trata de una norma de justicia). En cambio, si la conducta no se realiza de acuerdo a la norma, la conducta tendrá valor negativo y podrá considerarse ilegal o injusta.

Pues bien, esta concepción cambia en “La Teoría General de las Normas”. Ser y deber ser se presentan ahora como dos esferas diferentes que pueden compartir el

mismo sustrato. Según esta nueva concepción, los enunciados que informan de que algo “es” y las normas que disponen que algo “debe ser”, forman un sustrato modalmente indiferente<sup>64</sup>. En otras palabras, el sustrato modalmente indiferente es la materia bruta a partir de la cual se formulan los enunciados y las normas, proporcionando una descripción en el primer caso y prescribiendo una conducta en el segundo.

Esta nueva concepción dio origen a una nueva presentación de la oposición entre el “ser” y el “deber ser”, y también dio lugar a la revisión, por parte de Kelsen, de los juicios de valor y de los juicios de realidad. A diferencia de lo que indicaba en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, sobre los juicios de realidad, solo señala que estos constatan que una conducta como sustrato modalmente indiferente (como “es” esa conducta) está en la esfera del ser.

Respecto a los juicios de valor objetivos, se mantiene en que cualquier norma, ya ordene o prohíba una conducta, es constitutiva de valor. Finalmente, al tratar de separar completamente los planos del “ser” y del “deber ser”, la concepción que tiene Kelsen sobre los juicios de valor, va aproximándose a los planteamientos del empirismo lógico<sup>65</sup>.

#### **4.3. LA POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA VALORACION EN EL AMBITO DE LA CIENCIA JURIDICA.**

Tras establecer la oposición de concepciones del mundo tal y como lo entiende Kelsen, se pueden diferenciar dos tipos de ciencia jurídica.

- El modelo absolutista: según este modelo los juicios de valor morales se admiten como si estos tuvieran igual objetividad que tienen los enunciados sobre

---

<sup>64</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General de las normas*, cit., pág. 46.

<sup>65</sup> El empirismo lógico o racional, también conocido como neopositivismo o positivismo lógico, es una corriente en la filosofía de la ciencia que surgió durante el primer tercio del siglo XX, alrededor del grupo de científicos y filósofos que formaron el celebre Circulo de Viena. Si el positivismo defendía el método científico única forma valida de conocimiento, el neopositivismo va más allá, y limita el método científico a lo empírico y verificable.

hechos<sup>66</sup>. Kelsen entiende que el objetivo de esta elaboración metafísica es justificar un orden sociológico que se asemeja a un modelo de autocracia. También piensa que este modelo se aleja del ideal de la objetividad, pues al requerir a la metafísica hace propenso al conocimiento a convertirse en ideología.

La función que desempeña esta teoría o modelo es servir como mecanismo de justificación al orden jurídico (Teoría conservadora) o facilitar argumentos que permitan sustituirlo por otro (Teoría revolucionaria).

- El modelo relativista: este modelo rechaza que los juicios de valor morales lleven aparejados un carácter científico, y también trata de descubrir lo que existe bajo su supuesta objetividad, que son expresiones de intereses, deseos y emociones que al penetrar en el desarrollo de una labor científica, son un obstáculo para el conocimiento de la verdad.

En una de sus obras, Kelsen sostiene que la “verdad” que sirve como objetivo de la búsqueda científica, es la correspondencia del conocimiento con la realidad. Por ello, para que un juicio de valor goce de carácter objetivo, deben dejarse a un lado los deseos y temores del emisor, y solo cuando esto se da, la ciencia del derecho se mostrará como una verdadera ciencia<sup>67</sup>. En este sentido, se produce un enfrentamiento entre la Teoría Pura del Derecho y la ciencia jurídica tradicional, la cual, tenía una gran tendencia ideológica.

Así las cosas, surge la cuestión de cuál es la relación del científico del derecho con los valores. Kelsen, en varias de sus obras, separaba nítidamente, la función productora de normas, que corresponde a la política y a las autoridades, y la función descriptiva y sistematizadora, que corresponde a los científicos del derecho. Ahora bien, el científico del derecho debe desempeñar esta función con neutralidad axiológica y sin llevar a cabo valoraciones.

---

<sup>66</sup> WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, cit., pág. 18.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, pág. 112.

De acuerdo a la exigencia de pureza metodológica, Kelsen estableció la necesidad de separar claramente la actividad científica de la política. En su obra “La jurisprudencia de la norma: el orden como ciencia cultural” (1916), se limitó a afirmar que existe una ciencia jurídica y que debe haber una estricta separación entre la ciencia y la política. Sin embargo, al no profundizar más en este tema, hay que recurrir a su obra “La ciencia y la política” (1951) para saber más sobre esto. Aquí sigue insistiendo en la separación pero añade:

- Al político, le corresponde legislar ejerciendo su potestad atribuido por la Constitución y al llevar a cabo su función debe abstenerse de invadir el campo de la ciencia. Además, al tener un cierto poder discrecional, su actividad puede verse influida, tanto por las normas jurídicas como por otras variables como la oportunidad política y social, variables económicas y electorales, etc.

- El científico del derecho, en el desempeño de sus funciones debe abstenerse de sus preferencias e intereses, y en cuanto a las normas aprobadas por el poder legislativo, deben limitarse a constatar que estas se ajustan o no a la Constitución y a las leyes. Por tanto, el científico puede, tras hacer dicha constatación, afirmar un hecho o verdad jurídica, pero no debe realizar juicios de valor subjetivos.

Aun así, la mayor diferencia existente entre las actividades y funciones de las autoridades jurídicas y los científicos del derecho se produce en el campo de la interpretación normativa. Para Kelsen, la función interpretativa que lleva a cabo la ciencia del derecho, consiste en desvelar el marco de los posibles significados de una norma. No obstante, considera que la elección de uno de los significados es competencia de los órganos políticos y no de la ciencia jurídica.

Para él, esa elección que se lleva a cabo es un acto de voluntad, es decir, un acto “especial” de creación de derecho que difiere de la función legislativa en que no es determinado por normas de superior rango<sup>68</sup>. Debido a este motivo, para Kelsen la

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*, pág. 351 y 352.

interpretación “auténtica”, es una interpretación política, siendo competencia de los órganos judiciales y del legislador.

En cambio, el científico del derecho, no realiza ninguna función política, sino que lleva a cabo una función cognitiva. Esto es, debe realizar una presentación neutra de los diferentes significados posibles sin decidirse por ninguno de ellos. En el caso de que se decidiera o recomendase uno de ellos, entonces estaría llevando a cabo una función política.

Finalmente, para poder entender correctamente la concepción Kelseniana de la ciencia jurídica resulta necesario hacer mención a su carácter constructivo. Siguiendo la idea kantiana, de que el conocimiento forma su propio objeto, presenta al conocimiento como un todo ordenado a partir de la información plasmada por la experiencia sensible<sup>69</sup>. Esto es, en el ámbito de la ciencia del derecho, la función generativa del objeto de conocimiento implica sistematizarlo y presentarlo de manera ordenada. Por tanto, la labor del científico del derecho es doble: por un lado, organizar el material jurídico, sistematizarlo y presentarlo como un todo, el cual debe estar dotado de sentido y pueda ser interpretado racionalmente, y por otro lado, crear conceptos jurídicos fundamentales específicos de una rama del saber, ya que sin ellos no se podría explicar la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos positivos.

## **5. CONCLUSIÓN PERSONAL.**

Creo que es de utilidad antes que nada indicar cual es mi postura y punto de vista en cuanto a la palabra “Justicia” significa y abarca para los diversos ámbitos que la relacionan con la vida y el hombre y con el Derecho y la moral de manera más particular. Esto nos permite poder indicar y diferenciar varios conceptos para después intentar llevar a cabo un análisis sobre la justicia entendida desde el enfoque social.

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, pág. 74.

El término justicia es una de las palabras más difíciles de definir y a la que tanto filósofos, juristas y escritores han tratado de dar su concepto, pero ninguno se ha considerado universal. Por ello surge la pregunta de ¿Qué es la Justicia?. El jurista Hans Kelsen afirmó:

*“No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lagrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces carece de respuesta”.*

El sentimiento de la Justicia y lo difuso de su noción, las discusiones y conflictos que la misma hace surgir, existen desde que el hombre piensa y vive en sociedad. El hombre siempre realiza conductas las cuales pueden ser catalogadas de justas o injustas. Pero ¿dónde se encuentra plasmada la Justicia dentro de la convivencia humana? En principio, la Justicia se encuentra plasmada en el Derecho, pues éste es el que con sus normas, busca como fin dar justicia a todos los miembros de una sociedad, pues el medio para alcanzar la justicia es evidentemente el propio Derecho, aunque no podemos olvidar que el Derecho puede ser injusto.

La justicia debería ser inherente al Derecho. Se debe tratar por igual a todos los individuos, no restringiéndoles su libertad de actuar, siempre y cuando ésta no dañe a los miembros de la sociedad. El derecho debería ser justo. No obstante, a veces es injusto porque son los seres humanos lo crean.

Tampoco podemos negar que la Justicia, como una parte de la moral y al igual que ella, cambia según el tiempo, lugar y época. La justicia podrá cambiar, pero siempre será el valor supremo de toda moral social y sobre todo del propio Derecho.

En el primer capítulo de *¿Qué es la Justicia?*, Kelsen menciona dos tipos diferentes de justicia: una justicia individual y una justicia social .



A mi entender no habría que restringir la justicia a una dimensión individual, ya que no responde a la realidad que se vive hoy en día. Por “realidad” me estoy refiriendo a un mundo en el cual los hombres conviven de acuerdo con un orden establecido por ellos mismos, un orden social, y como tal, la justicia, que tiene valor en dicho orden, será ante todo de carácter social.

Kelsen defiende una justicia relativa. Los valores absolutos que llevarían a la justicia absoluta son inaccesibles a nuestro conocimiento. La justicia absoluta podría ser una justicia basada en la religión, es decir, en la creencia. Pero hay distintas religiones, lo que desde una religión se considera absoluto, desde otra religión podría quedar relativizado. Esto es muy importante en una sociedad pluralista.

Un orden social será justo cuando todos y cada uno de sus miembros sean acreedores de lo que merecen, pero debido a diversos factores, este principio no deja de ser una ilusión utópica. Por esto es inapropiado hablar de “un orden social justo”. Hay que intentar lograr un orden social lo más justo posible, que se irá consiguiendo a medida que en la conciencia de los hombres se abra paso con toda su fuerza, la idea de justicia como algo prioritario, con respecto a otro tipo de consideraciones, como las basadas por ejemplo en la conveniencia política, el beneficio económico o el interés personal.

## 6. BIBLIOGRAFIA:

### LIBROS

1. KANT, I., *Crítica de la razón práctica (Kritik der praktischen Vernunft)*, 19788.
2. KANT, I., *Crítica de la razón pura (Kritik der reinen Vernunft)*, 19781.
3. KELSEN, Hans., *¿Qué es la Justicia?*, 25ª edición Fontmara, México, 2011.
4. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 1ª edición , segunda reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México. 1982.
5. KELSEN, Hans., *Teoría Pura del Derecho, Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Ed. Trotta, 1934
6. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 4ª edición. 9ª reimpresión, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
7. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ª reimpresión de la 2ª ed., UNAM, textos universitarios, México, 1983.
8. KELSEN, Hans, *Teoría General de las normas*, ed. Trillas, 1997.
9. KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.
10. KELSEN, Hans, 1984, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Scientia.

11. Kelsen, Hans., “*Los Juicios de valor en la ciencia del derecho*”, 1942, en *¿Qué es Justicia?* (1971), ed. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991.
12. Kelsen, Hans., “*Ciencia y Política*”, 1951, EN “*¿Qué es Justicia?*”, ed. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991.
13. Kelsen, Hans., “*La justicia platónica*”, 1933, en “*La idea del Derecho natural y otros ensayos*”, 1ª edición, Olejnik, Buenos Aires, Argentina, 2018.
14. Losano, M.G., *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, Ediciones jurídicas Olejnik, 2007, Santiago de Chile
15. Méta, R.A., *Hans Kelsen Vida y Obra*, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1976.
16. Moore, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903.
17. Nino, C.S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed, Astrea, Buenos Aires, 1980
18. Platón: *Obras completas*, trad. y ed. Patricio de Azcárate, tomo 11, Madrid, 1872.
19. Robles, G., *Hans Kelsen: Vida y obra*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2014.
20. Roces, W. Roces *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, notas, revisión y presentación de U. Schmill, Porrúa, México, 1987.
21. Schmill Ordoñez, U.: *Hans Kelsen, aportaciones teóricas de la Teoría*

*Pura del Derecho*, ITAM, México, 2010.

22. WALTER, Robert, *La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, Universidad del Externado de Colombia, 1997

## ARTICULOS DE REVISTA

1. ABARCA HERNÁNDEZ, O.: "*Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhman, Habermas y Kelsen*" en *Revista InterSedes Universidad de Costa Rica*. Vol. VI, no10, Costa Rica, 2015.
2. ALARCÓN VERELA, F.: "*Hans Kelsen y la idea de justicia: tensiones entre Naturalismo Jurídico y el Positivismo Jurídico*" en *Revista Disertaciones*, no3, Universidad de Quindío, Armenia, 2012.
3. ARAOS SAN MARTÍN, J.: "*Relativismo, tolerancia y democracia en H. Kelsen*" en *Veritas*, vol. III, no19, Universidad Pontificia Católica de Chile, Chile, 2008.
4. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, B.: "*Los argumentos del Relativismo*" en *Revista social del Pensamiento Crítico*. Vol. 5, Universidad de Almería, Almería, 2011.
5. NINO SANTIAGO, C.: "*Justicia*" en *Doxa - 14*, Universidad de Alicante, Alicante, 1993.

## 7. ANEXO:

Conceptos básicos:

- ❖ **POSITIVISMO:** Teoría filosófica que considera que el único medio de conocimiento es la experiencia comprobada o verificada a través de los sentidos y la razón. Fue formulado por Augusto Comte en el siglo XIX. El Positivismo rechaza todo concepto universal y absoluto que no esté comprobado.
- ❖ **EMOTIVISMO ÉTICO:** doctrina que sostiene que los juicios de valor no afirman nada, simplemente reflejan emociones. Su fundador es Hume.
- ❖ **ABSOLUTISMO FILOSÓFICO:** corriente filosófica que establece determinados valores como superiores al resto y válidos, y que por tanto deben ser obedecidos.
- ❖ **DERECHO (SEGÚN HANS KELSEN):** es una ordenación normativa del comportamiento humano, es un sistema de normas que regulan el comportamiento. Es el orden coactivo y soberano de la conducta.
- ❖ **JUSTICIA (SEGÚN HANS KELSEN):** orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Es la justicia de la libertad, la de la paz, la de la Democracia, la de la tolerancia.
- ❖ **IUSNATURALISMO:** es la doctrina según la cual el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen por tanto a la voluntad normativa de ninguna autoridad.
- ❖ **JUICIOS DE VALOR:** es un análisis basado en un conjunto particular (personal o general) de creencias, formas de vida o culturas, mediante el cual se califican determinados actos como justos o injustos, buenos o malos.
- ❖ **PRINCIPIO DE IGUALDAD:** sostiene que todos los hombres por naturaleza

son iguales y por tanto deben ser tratados como igual.

❖ PRINCIPIO DE TOLERANCIA: consiste en el respeto y aceptación que se tiene hacia opiniones, creencias, sentimientos o ideas de otros sujetos en una sociedad.